

Il Trattamento sanzionatorio ed il sistema delle aggravanti¹

Sommario

Premessa. L'onere di motivazione.	2
La determinazione della pena.	4
Le circostanze attenuanti generiche.	7
Il giudizio di comparazione fra circostanze.	10
Le circostanze nei reati contro il patrimonio.	11
La sospensione condizionale della pena.	15
La non menzione della condanna.	17
La sostituzione della pena detentiva.	17
Alcune importanti novità legislative in tema di circostanze....	18
La determinazione della pena in presenza di reato tentato....	20
Le modalità di calcolo della pena in presenza di un reato	

¹ Relazione tenuta presso l'aula "Primo Zecchi" del Tribunale di Bologna il 24 gennaio 2014 nell'ambito degli "Incontri di prassi penale" promossi da Associazione Sindacale degli Avvocati di Bologna e dell'Emilia Romagna, Associazione Nazionale Magistrati, Associazione Nazionale Giudici di Pace e Associazione Regionale Giudici di Pace Emilia Romagna.

circostanziato.....	21
La determinazione della pena in caso di reato continuato.	25
Sulla recidiva.....	29

Premessa. L'onere di motivazione.

La vastità del tema, gli argomenti affrontati dagli altri relatori ed i tempi contenuti a ciascuno assegnati fanno sì che il mio intervento sarà concentrato su alcune questioni soltanto, esaminate con un approccio eminentemente pratico, confacente allo scopo dell'incontro, con l'indicazione della più recente giurisprudenza in materia.

Il tema del trattamento sanzionatorio si intreccia con il profilo della **motivazione della decisione**: il giudice avrebbe l'onere di spiegare in modo esauriente il percorso seguito nella determinazione della sanzione, ma è un fatto notorio che proprio su tale aspetto si registrano le maggiori carenze nei provvedimenti dei giudici di merito, specie di quelli di primo grado, che sovente incorrono in una caduta di impegno ed attenzione, in parte comprensibile laddove la motivazione in punto di responsabilità sia stata particolarmente complessa.

Anche a prescindere dalla motivazione e dalla scelta discrezionale nella quantificazione della pena, in appello si registrano errori davvero frequenti nella determinazione della sanzione ², sintomatici della

² Non ci si riferisce a quelli di calcolo, pure essi non rari, al pari dei casi di contrasto sul punto tra dispositivo e motivazione, magari perché il giudice cerca di rimediare ad un errore o ad una omissione: va considerato, tuttavia, che per superare la divergenza tra motivazione e dispositivo si può fare ricorso alla motivazione per chiarire l'effettiva portata della decisione *“soltanto nei casi in cui la divergenza tra l'uno e l'altra sia stata determinata da un errore materiale contenuto nel dispositivo e sia immediatamente riconoscibile così da poter consentire il ricorso alla motivazione per chiarire l'effettiva portata della decisione. La riconoscibilità deve infatti risultare con assoluta evidenza dalla lettura dello stesso dispositivo oppure dalla lettura della motivazione ma, in quest'ultimo caso, purché sussistano elementi*

mancata conoscenza di alcuni principi fondamentali, spesso comune alle parti, come si evince da alcuni atti d'impugnazione.

Le sentenze di annullamento da parte della Suprema Corte di patteggiamenti con pene illegali dimostrano che occasionalmente l'errore accomuna le parti ed il giudice ³.

Delle criticità più frequenti si cercherà di dare conto.

La decisione sul *quantum* ha effetti sul *quomodo* della espiazione della pena, aspetto che rileva in primo luogo per la persona condannata, ma che in questa fase storica ha una incidenza più generale ⁴.

certi e logici, come tali, univocamente interpretabili che consentano di ritenere errato il dispositivo, sia pure in parte, per un errore materiale intervenuto nella redazione di tale documento. Invero, intanto è consentito il ricorso alla motivazione per chiarire l'effettiva portata della decisione in quanto il contrasto tra dispositivo e motivazione sia evidente, potendosi escludere con assoluta certezza che la motivazione sia stata strumentalmente rivolta a giustificare un errore od un'omissione, intervenuti nel processo formativo della volontà. In difetto della sicura ricorrenza dei presupposti sopra accennati, deve invece trovare applicazione il consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Corte, secondo cui il contrasto tra dispositivo e motivazione non determina nullità della sentenza, ma si risolve con la logica prevalenza dell'elemento decisionale su quello giustificativo" (così, di recente, Cass. 7/7/2011, Zanetti, RV 251109).

³ *"La determinazione contra legem della pena concordata tra le parti ed illegittimamente ratificata dal giudice, invalida la base negoziale sulla quale è maturato l'accordo e vizia la sentenza che lo ha recepito. Il controllo di congruità della pena è logicamente comprensivo della legalità di essa, ossia della sua conformità alle regole che la disciplinano, nonché di quelle che influiscono sulla sua determinazione" (così Cass. SS.UU. 28/2/2013, Ciabotti e altro, RV 255347).*

⁴ Ci si riferisce al drammatico problema del sovraffollamento carcerario, sul quale da ultimo si è pronunciata anche la Corte Costituzionale (sent. 22/11/2013 n. 279), dopo la nota sentenza della Corte di Strasburgo dell'8/1/2013 Torreggiani vs Italia, definitiva il 27/5/2013, giorno dal quale è decorso il termine di un anno entro il quale lo Stato italiano deve introdurre *"un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte"*. Il giudice delle leggi, nel dichiarare inammissibile la questione proposta, ha tuttavia affermato che *"non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema"*. Com'è noto, successivamente è stato emanato il d.l.

Il giudice è tenuto a indicare quali criteri, fra quelli previsti dall'art. 133 c.p., nel **fatto concreto** giustificano la determinazione della pena base all'interno dei limiti edittali, gli aumenti applicati per le circostanze aggravanti, il riconoscimento o meno di eventuali attenuanti (specie di quelle generiche), la formulazione del giudizio di comparazione.

L'articolo 133 c.p. può essere considerato una norma generale sulla discrezionalità, orientando esso non solo la scelta sul *quantum* della pena all'interno dei limiti edittali ovvero sulla specie di sanzione in caso di comminatoria alternativa di pena detentiva e pena pecuniaria, ma operando anche, in virtù di un espresso richiamo, in numerosi altri istituti di parte generale, quali quelli, fra gli altri, della sospensione condizionale della pena, della non menzione della condanna, della sostituzione della pena detentiva.

Si richiamano ora alcuni **principi espressi dalla giurisprudenza** di legittimità sui suddetti profili, che debbono essere tenuti in considerazione allorquando si assuma la relativa decisione, da giustificare poi con una motivazione che può essere anche sintetica ma non mancante.

La determinazione della pena.

La determinazione della misura della pena tra il minimo ed il massimo edittale rientra nell'**ampio potere discrezionale del giudice di merito**, che assolve il proprio compito anche se abbia valutato globalmente, con sintetica motivazione, gli elementi indicati dall'art. 133 c.p., specie tutte le volte in cui la scelta del giudice risulta contenuta in una **fascia medio-bassa** rispetto alla pena edittale.

Quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente quali tra i criteri, oggettivi o

23/12/2013 n. 146, contenente norme ritenute dai primi commentatori "tamponate", del tutto inadeguate a risolvere strutturalmente la questione.

soggettivi, enunciati dall'art. 133 c.p. siano stati ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio, dovendosi perciò escludere che sia sufficiente il ricorso a mere clausole di stile, quali il generico richiamo alla entità del fatto e alla personalità dell'imputato.

In alcune recenti pronunce la Suprema Corte, pur con qualche diversa sfumatura, ha ribadito detto orientamento.

Sez. 2, **Sentenza** n. 28852 del 08/05/2013 Ud. (dep. 08/07/2013) Rv. 256464

Presidente: Casucci G. Estensore: Gentile D. Relatore: Gentile D. Imputato: Taurasi e altro. P.M. Stabile C. (Conf.)

Nel caso in cui venga irrogata una pena prossima al minimo edittale, l'obbligo di motivazione del giudice si attenua, talché è sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen..

Sez. 4, **Sentenza** n. 21294 del 20/03/2013 Ud. (dep. 17/05/2013) Rv. 256197

Presidente: Brusco CG. Estensore: Grasso G. Relatore: Grasso G. Imputato: Serratore. P.M. Policastro A. (Conf.)

La determinazione della pena tra il minimo ed il massimo edittale rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile nei casi in cui la pena sia applicata in misura media e, ancor più, se prossima al minimo, anche nel caso il cui il giudicante si sia limitato a richiamare criteri di adeguatezza, di equità e simili, nei quali sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen.

Sez. 1, **Sentenza** n. 24213 del 13/03/2013 Ud. (dep. 04/06/2013) Rv. 255825

Presidente: Siotto MC. Estensore: Santalucia G. Relatore: Santalucia G. Imputato: Pacchiarotti e altri. P.M. D'Angelo G. (Diff.)

In tema di determinazione della pena, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente, fra i criteri oggettivi e soggettivi enunciati dall'art. 133 cod. pen., quelli ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio. (Fattispecie in cui la Corte di Appello aveva confermato la pena irrogata dal primo giudice, assumendo il massimo edittale quale parametro per il computo della diminuzione del rito abbreviato, senza dare risposta ai rilievi contenuti nei motivi di appello).

Sez. 3, **Sentenza** n. 10095 del 10/01/2013 Ud. (dep. 04/03/2013) Rv. 255153

Presidente: Lombardi AM. Estensore: Amoroso G. Relatore: Amoroso G. Imputato: Monterosso. P.M. D'Ambrosio V. (Diff.)

L'irrogazione di una pena base pari o superiore al medio edittale richiede una specifica motivazione in ordine ai criteri soggettivi ed oggettivi elencati dall'art. 133 cod. pen., valutati ed apprezzati tenendo conto della funzione rieducativa, retributiva e preventiva della pena.

Rilevante appare la seguente pronuncia:

Sez. 6, **Sentenza** n. 21838 del 23/05/2012 Ud. (dep. 05/06/2012) Rv. 252881

Presidente: Garribba T. Estensore: Lanza L. Relatore: Lanza L. Imputato: Giovane e altri. P.M. D'Angelo G. (Parz. Diff.)

*In funzione della determinazione della pena il giudice può trarre elementi di valutazione sulla personalità dell'imputato dalla **pendenza di altri procedimenti penali** a suo carico, anche se successivi al compimento dell'illecito per cui si procede ⁵.*

⁵ "Bene e correttamente sono stati apprezzati i precedenti di vita successivi al fatto contestato"

Le circostanze attenuanti generiche.

Le attenuanti generiche, secondo costante giurisprudenza ⁶, non vanno intese come oggetto di una “*benevola concessione*” da parte del giudice: il riconoscimento delle stesse non costituisce un diritto in assenza di elementi negativi, ma deve derivare, invece, dall’esistenza di elementi suscettibili di concreto e positivo apprezzamento.

Inoltre, ai fini **della concessione o del diniego** delle circostanze attenuanti generiche, il giudice può limitarsi a prendere in esame, tra gli elementi indicati dall'art. 133 c.p., **quello che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno il riconoscimento del beneficio**, sicché anche un solo elemento attinente alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può essere sufficiente in tal senso. Nel motivare il diniego della concessione delle attenuanti generiche, pertanto, non è necessario che il giudice prenda in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, ma è sufficiente che egli faccia riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, rimanendo disattesi o superati tutti gli altri ⁷.

*in quanto elementi di assoluto rilievo ex art. 133 c.p. e tenuto conto il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., comma 2, il quale vieta di assumere appunto la "colpevolezza" a base di qualsivoglia provvedimento, fino a quando essa non sia stata definitivamente accertata, ma **non vieta affatto di trarre elementi di valutazione sulla personalità dell'accusato, dal fatto obiettivo della pendenza, a suo carico, di altri procedimenti penali** (Cass.pen. sez. 1, 4878/1997 Rv. 208342) anche se successivi al compimento dell'illecito per cui è giudicato. Invero il citato art. 133 c.p., al n. 3 del comma 2 stabilisce, agli effetti della valutazione della pena, che il giudice deve tener conto della gravità del reato, anche della condotta susseguente al reato”.*

⁶ Fra le più recenti v. Cass. 27/1/2012, Gallo e altri, RV 252900; Cass. 29/5/2012, Di Vuono e altro, RV 253192; Cass. 17/1/2013, La Selva, RV 254716.

⁷ Fra le ultime v. Cass. 20/9/2012 n. 8056, Tonini e altri; Cass. 11/2/2013 n. 11793,

In senso conforme, ma con una importante precisazione, da ultimo v.:

Sez. 3, **Sentenza** n. 23055 del 23/04/2013 Rv. 256172

Presidente: **Teresi A.** Estensore: **Andreazza G.** Relatore: **Andreazza G.**

Imputato: **Banic e altri.** P.M. **D'Ambrosio V.** (Parz. Diff.)

*Per il diniego della concessione delle attenuanti generiche non è necessario che il giudice prenda in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, ma è sufficiente il riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, **purché la valutazione di tale rilevanza tenga obbligatoriamente conto, a pena di illegittimità della motivazione, delle specifiche considerazioni mosse sul punto dall'interessato.***

Significativo è un principio sia pure incidentalmente affermato dalle **Sezioni Unite** della Suprema Corte: *ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, il pieno esercizio del diritto di difesa, se consente all'imputato il silenzio e persino la menzogna, non lo autorizza, per ciò solo, a tenere **comportamenti processualmente obliqui e fuorvianti**, in violazione del fondamentale principio di lealtà processuale che deve comunque improntare la condotta di tutti i soggetti del procedimento, la cui violazione è valutabile da parte del giudice di merito* ⁸.

Abbate; Cass. 28/5/2013 n. 37743, Callegaro; Cass. 19/6/2013 n. 32150, Sejdic e altri; Cass. 26/6/2013 n. 45672, Maniaci; Cass. 23/7/2013 n. 34277, D'Ambra. **Le attenuanti generiche, dunque, legittimamente possono essere negate anche solo alla luce dei precedenti penali dell'imputato (così Cass. 28/5/2013 n. 24172, Hoxha).**

⁸ Cass. SS.UU. 24/5/2012, Biondi, RV 253152 (fattispecie nella quale il diniego delle predette circostanze attenuanti era stato motivato evidenziando il censurabile comportamento processuale dell'imputato, improntato a **reticenza ed ambiguità**). Sempre di recente si è affermato che è legittimo il diniego delle attenuanti generiche motivato con la esplicita valorizzazione negativa dell'ammissione di colpevolezza laddove quest'ultima sia stata dettata **non da effettiva resipiscenza ma da intento utilitaristico** (Cass. 29/3/2012, Di Lauro e altri, RV 252229).

Attenuanti generiche concesse per il “**patteggiamento sulla prova**”, in una recente pronuncia della Corte d’Appello di Bologna (3/7/2013, C.): fondata, invece, è la doglianza relativa alla omessa concessione delle attenuanti generiche.

L’imputato, infatti, ha assunto un positivo comportamento processuale attraverso il proprio difensore, che ha acconsentito all’acquisizione degli atti redatti nella fase delle indagini (in particolare della relazione tecnica attestante la falsità della patente), consentendo la definizione del processo alla prima udienza.

Si è trattato di un rito che di fatto è stato equivalente a quello abbreviato, ferma restando la disomogeneità fra i due istituti (rito abbreviato e accordo sulla prova) ⁹.

L’imputato, cui il decreto di citazione venne notificato ai sensi dell’art. 161 comma 4° c.p.p. presso il difensore, è stato da questo ultimo rappresentato e la condotta collaborativa della difesa può avere rilievo anche in *favor rei*.

⁹Ssul tema significativa è la recente ordinanza (**n. 290 del 4/11/2011**) con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 493, comma 3, c.p.p., laddove non prevede – in caso di consenso all’acquisizione di tutti gli atti del fascicolo del PM – la diminuzione della pena stabilita dall’art. 442, comma 2, c.p.p.: *“non sussiste la violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione, per irragionevole disparità di disciplina del meccanismo processuale oggetto della censura rispetto ai presupposti di accesso ed agli effetti della disciplina del rito abbreviato; che, infatti, i due istituti processuali posti a raffronto – rito abbreviato ed accordo sulla prova – risultano assolutamente disomogenei e non assimilabili, posto che gli accordi che possono intervenire tra le parti in ordine alla formazione del fascicolo per il dibattimento non escludono affatto il diritto di ciascuna di esse ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova, secondo l’ordinario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale; ciò a differenza di quanto avviene per il rito abbreviato, la cui peculiarità consiste proprio nel fatto di essere un modello alternativo al dibattimento che – oltre a fondarsi sull’intero materiale raccolto nel corso delle indagini, a prescindere da qualsiasi meccanismo di tipo pattizio – consente una limitata acquisizione di elementi integrativi, che lo configurano quale rito a <prova contratta>”*.

Questo principio è stato da ultimo recepito da vari giudici di merito, mentre la Suprema Corte, comunque, ha sovente affermato che *“tra i positivi elementi che possono suggerire la necessità di attenuare la pena comminata per il reato rientrano la confessione spontanea del colpevole e il corretto comportamento processuale o la collaborazione prestata nelle indagini”* ¹⁰.

Il giudizio di comparazione fra circostanze.

Il **giudizio di comparazione fra circostanze** deve risultare il più idoneo a realizzare l'adeguatezza della pena da irrogare in concreto, alla luce della reale entità del fatto e della personalità dell'imputato ¹¹.

Da ultimo, in tema di onere motivazionale, è stato ribadito che *“per il corretto adempimento dell'obbligo della motivazione, in tema di bilanciamento di circostanze eterogenee, è sufficiente che il giudice dimostri di avere considerato e sottoposto a disamina gli elementi enunciati nella norma dell'art. 133 cod. pen. e gli altri dati significativi, apprezzati come assorbenti o prevalenti su quelli di segno opposto,*

¹⁰ Così Cass. 14/5/2009, Bonaffini e altro, RV 244912; in senso conforme cfr., ad es., Cass. 16/12/2009, Migliazza, RV 246887.

¹¹ In proposito cfr., ad es., Cass. 21/5/2008, Frazzitta; Cass. 8/4/2008, Brunelli e altri; Cass. 18/1/2008, Bonassi e altro; Cass. 23/5/2007, Montanino; Cass. 8/5/2007, Alia; di recente v. **Cass. SS.UU.** 25/2/2010, Contaldo, RV 245930, nonché Cass. 8/7/2010, Barbera, RV 248535: secondo tale ultima pronuncia, *“ai fini del giudizio di comparazione fra circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, anche la sola enunciazione dell'eseguita valutazione delle circostanze concorrenti esaurisce l'obbligo della motivazione in quanto, rientrando tale giudizio nella discrezionalità del giudice, esso non postula un'analitica esposizione dei criteri di valutazione”*. Conforme, di recente, Cass. 27/1/2012 n. 19441, Marozzi: il ricordato principio vale anche per il giudice di appello, il quale, pur non dovendo trascurare le argomentazioni difensive dell'appellante, non è tenuto ad una analitica valutazione di tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti ma, in una visione globale di ogni particolarità del caso, è sufficiente che dia indicazione di quelli ritenuti rilevanti e di valore decisivo, rimanendo implicitamente disattesi e superati tutti gli altri, pur in carenza di stretta confutazione.

essendo sottratto al sindacato di legittimità, in quanto espressione del potere discrezionale nella valutazione dei fatti e nella concreta determinazione della pena demandato al detto giudice, il supporto motivazionale sul punto quando sia aderente ad elementi tratti obiettivamente dalle risultanze processuali e sia, altresì, logicamente corretto” ¹².

Assai rilevante è la recente pronuncia con la quale le **Sezioni Unite** hanno statuito che “**il giudice di appello**, pur dopo avere escluso una circostanza aggravante o riconosciuto una ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, può, senza incorrere nella violazione del divieto di reformatio in peius, confermare la pena applicata in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze purché esso sia accompagnato da adeguata motivazione” ¹³.

E' pacifico che nessuna incidenza ha il giudizio di comparazione fra circostanze sulla durata delle sanzioni amministrative accessorie, che rimangono estranee al sistema penale ¹⁴.

Le circostanze nei reati contro il patrimonio.

Si segnalano due recenti interventi delle **Sezioni Unite**.

¹² Così Cass. 12/7/2013 n. 43727, Burgio.

¹³ Cass. SS.UU. 18/4/2013, Papola, RV 255660.

¹⁴ V., da ultimo, Cass. 11/7/2013, Polverini, RV 256402, che ha statuito, in tema di guida in stato di ebbrezza, che il raddoppio delle sanzioni, da applicarsi in caso di provocato incidente stradale, si riferisce non solo a quelle penali ma anche alla sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida; l'eventuale neutralizzazione dell'aggravante ex art. 186 comma 2 *bis* c.d.s., per l'effetto della concessione di attenuanti equivalenti o prevalenti, non produce alcun effetto in ordine alla durata di detta sanzione amministrativa accessoria.

Sez. U, **Sentenza** n. 28243 del 28/03/2013 Ud. (dep. 28/06/2013)
Rv. 255528

Presidente: Lupo E. Estensore: Fumo M. Relatore: Fumo M. Imputato: Zonni Sanfilippo. P.M. Fedeli M. (Conf.)

*Nei reati contro il patrimonio, la **circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità** è applicabile anche al delitto tentato quando sia possibile desumere con certezza, dalle modalità del fatto e in base ad un preciso giudizio ipotetico che, se il reato fosse stato riportato al compimento, il danno patrimoniale per la persona offesa sarebbe stato di rilevanza minima. (Fattispecie relativa al tentativo di furto di monete custodite in apposito cassetto di un distributore automatico di bevande).*

Sez. U, **Sentenza** n. 40354 del 18/07/2013 Ud. (dep. 30/09/2013)
Rv. 255974

Presidente: Santacroce G. Estensore: Blaiotta RM. Relatore: Blaiotta RM. Imputato: Sciuscio. P.M. Destro C. (Conf.)

*Nel reato di furto, **l'aggravante dell'uso del mezzo fraudolento** delinea una condotta, posta in essere nel corso dell'azione delittuosa dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia, scaltrezza, idonea, quindi, a sorprendere la contraria volontà del detentore e a vanificare le misure che questi ha apprestato a difesa dei beni di cui ha la disponibilità. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la configurabilità dell'aggravante nel caso di occultamento sulla persona o nella borsa di merce esposta in un esercizio di vendita "self-service")¹⁵.*

¹⁵ Nella stessa pronunzia le Sezioni Unite hanno affermato un altro principio (RV 255975), assai rilevante ai fini della procedibilità dell'azione: "...in caso di furto di una cosa esistente in un esercizio commerciale, persona offesa legittimata alla proposizione della querela è anche il responsabile dell'esercizio stesso, quando abbia l'autonomo potere di custodire, gestire, alienare la merce". Infatti il bene giuridico protetto dal delitto di furto è individuabile non solo nella proprietà o nei diritti reali personali o di godimento, ma anche nel possesso - inteso come relazione di fatto che non richiede la diretta fisica disponibilità - che si

La motivazione è particolarmente interessante perché tratta a fondo del **principio di offensività**.

A volte, nei casi in cui l'agente si sia limitato a prelevare la merce dagli scaffali del supermercato, priva di placca antitaccheggio (tolta la quale si avrebbe violenza sulle cose, con la integrazione dell'altra ipotesi prevista dall'art. 625 n. 2 c.p.), e ad occultarla, così da sottrarla alla sorveglianza, viene erroneamente contestata e ritenuta l'aggravante della destrezza, per configurare la quale, ancorché non sia necessario l'uso di particolare abilità, la modalità della condotta deve, pur sempre, concretizzarsi in un *quid pluris* rispetto all'ordinaria materialità del fatto-reato, ossia a quanto comunemente necessario per porre in essere la condotta furtiva ¹⁶.

Stante la frequenza delle questioni relative al riconoscimento delle attenuanti *ex artt.* 62 n. 4 c.p. e 648 comma 2° c.p., si riportano estratti di due sentenze della Corte d'Appello di Bologna, che

configura anche in assenza di un titolo giuridico e persino quando esso si costituisce in modo clandestino o illecito, con la conseguenza che anche al titolare di tale posizione di fatto spetta la qualifica di persona offesa e, di conseguenza, la legittimazione a proporre querela (in applicazione del principio, la Corte ha riconosciuto al responsabile di un supermercato la legittimazione a proporre querela).

¹⁶ Cfr., ad es., Cass. 16/3/2011, Tini, RV 250921. In senso conforme, in generale, da ultimo, v. Cass. 28 marzo 2013 n. 23769, Argiuolo. A fronte di una condotta quale quella descritta, il furto potrebbe non essere semplice ma aggravato *ex art.* 625 n. 7 c.p. (esposizione della cosa per necessità o per destinazione alla pubblica fede) nel caso in cui il soggetto attivo si impossessi della merce sottratta dagli scaffali di un esercizio commerciale, in **presenza di una sorveglianza soltanto saltuaria** da parte del detentore della *res* o di altri per conto di quest'ultimo, come gli addetti alle vendite, in quanto tali, incaricati anche di servire i clienti. Infatti, al fine dell'esclusione dell'aggravante dell'esposizione alla pubblica fede, non è sufficiente che il fatto avvenga occasionalmente nel momento in cui la persona offesa ne abbia diretta percezione ma è necessario che la situazione sia tale per cui, salvo imprevisti, detta percezione sia pressoché inevitabile (così Cass. 22/1/2010, Addyani, RV 246159).

richiamano principi consolidati in giurisprudenza.

Appello Bologna 26/6/2013, S.

Infondata è la richiesta di concessione dell'**attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità**.

Anche di recente i giudici di legittimità hanno evidenziato che *“il disposto della legge fa riferimento al "danno patrimoniale di speciale tenuità" cagionato alla persona offesa dal reato che non si identifica con il solo valore della refurtiva in caso di rapina. Quando il legislatore ha voluto fare riferimento al valore della cosa oggetto del reato lo ha detto espressamente, come nel caso del furto punibile a querela dell'offeso se il fatto è commesso su "cose di tenue valore" (art. 626 c.p., n. 2). La "tenuità", pertanto, si contrappone alla "gravità" e lo stesso riferimento normativo alla gravità piuttosto che all'entità del danno invita ad una valutazione il più possibile completa del danno; in altri termini, il valore della cosa che costituisce l'oggetto materiale del reato non necessariamente esaurisce la gravità del danno che rileva ai fini in esame, dovendosi anche, in ipotesi, esaminare la condotta dell'imputato che ha aggredito la parte offesa”* ¹⁷.

Nel caso di specie l'imputato, unitamente ai complici, gettò a terra Angelo Pompei, procurandogli un trauma del rachide e contusioni varie, e nel secondo caso tirò con forza la borsetta della signora Melandri, che riuscì ad immobilizzare.

In ogni caso l'entità delle somme sottratte, che costituivano le pensioni appena prelevate dalle vittime (rispettivamente **800 euro** e **650 euro**), è di per sé incompatibile con il riconoscimento di detta attenuante ¹⁸.

¹⁷ Così Cass. 13/5/2010, Gebbia, RV 247122. In senso conforme cfr. Cass. 20/1/2010, Uccello, RV 247363, nonché, da ultimo, Cass. 28/9/2011, Perchinunno e altro, RV 251152.

¹⁸ In proposito, da ultimo, proprio in tema di rapina, cfr. Cass. 31/5/2011, D'Amato e Cass. 24/3/2010, Di Munno, RV 247475, che hanno escluso la sussistenza dell'attenuante in due casi di furto di **195 euro** (il primo) e di due bottiglie di *champagne* (il secondo), laddove si è ricordato altresì che *“la rilevanza oggettiva del danno ha valore preminente, mentre la capacità economica del danneggiato costituisce elemento sussidiario di valutazione, utilizzabile*

Appello Bologna 18/12/2013, C.V.

Non è neppure configurabile la **ipotesi attenuata prevista dall'art. 648 cpv. c.p.**, alla luce della interpretazione della norma invocata quale risulta dalla costante giurisprudenza: *“il valore del bene è un elemento concorrente ai fini della valutazione della particolare tenuità del fatto di cui al capoverso dell'art. 648 c.p., nel senso che se esso non è particolarmente lieve deve comunque escludersi la tenuità del fatto, essendo superflua ogni ulteriore indagine; e solo se è accertata la lieve consistenza economica del compendio ricettato si può procedere alla verifica degli ulteriori elementi, desumibili dall'art. 133 c.p., che consentono di configurare l'ipotesi di cui al cpv. dell'art. 648 c.p., fermo restando che essa può essere esclusa ove emergano elementi negativi sia sotto il profilo strettamente oggettivo (quali l'entità del profitto) sia sotto il profilo della capacità a delinquere dell'agente...”*¹⁹.

La sospensione condizionale della pena.

Questione assai frequente si pone per il riconoscimento del beneficio a soggetti incensurati ma con precedenti di polizia o giudiziari.

La presenza di detti precedenti può legittimare un giudizio prognostico sfavorevole²⁰, così come l'accertamento della presenza di *alias*²¹.

soltanto quando l'ammontare si inserisca in una fascia il cui apprezzamento presenti parametri di dubbio”.

¹⁹ così, di recente, Cass. 9/7/2010, Sessa, RV 248214; nello stesso senso cfr., ad es., Cass. 7/7/2010, Liccardo Grasso, RV 248119 e Cass. 8/1/2009, Galli, RV 242667, nonché, da ultimo, Cass. 2/2/2011, Marfé, RV 249226 e Cass. 13/3/2012, Lorini, RV 252286.

²⁰ V., ad es., Cass. 5/5/2010, Vaglietti e altri, RV 247469, nonché Cass. 12/11/2009, Stimolo, RV 246250.

²¹ L'aver in passato fornito diverse generalità rappresenta una condotta sintomatica della volontà di sottrarsi agli accertamenti di polizia e giudiziari e suscettibile, quindi, di valutazione ai sensi dell'art. 133 comma 2° c.p. (così Cass. 29/3/2012, Saidi, RV 252783).

Si è posta, a volte, la questione di un imputato condannato a pena pecuniaria, magari modesta, condizionalmente sospesa. Secondo giurisprudenza ormai costante ²², **l'imputato condannato a pena pecuniaria, che sia stata condizionalmente sospesa senza sua esplicita richiesta, ha interesse ad impugnare tale statuizione onde ottenere la revoca del beneficio**, da cui deriva la lesione di un interesse giuridico qualificato, atteso che dalla condanna consegue **l'iscrizione nel casellario giudiziale**, che non può essere eliminata.

Va evidenziato, tuttavia, che è solo questo l'interesse che può essere fatto valere, non quello della *“utilizzabilità del beneficio nell'eventualità della commissione di futuri reati, poiché non è in alcun modo tutelabile una prospettiva criminosa da parte dell'imputato”* che perseguirebbe il fine *“di conservare una sorta di bonus per condotte illecite”* ²³.

E' opportuno segnalare che le più recenti pronunce della Suprema Corte, su una questione ove vi era un forte contrasto di giurisprudenza, hanno affermato che **il beneficio della sospensione condizionale della pena non può essere subordinato al pagamento della provvisoria da effettuarsi anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza** ²⁴.

E' indispensabile che il giudice, nei processi a carico di imputati stranieri, acquisisca l'AFIS e tutti i certificati del casellario giudiziale riconducibili a quello stesso soggetto. Trattasi di un rilievo ovvio, ma purtroppo, a volte, non seguito nella prassi.

²² Cfr., anche di recente, Cass. 15/11/2011, Biagioni, RV 253994, nonché Cass. 13/4/2012, Saltarelli e altro, RV 253058.

²³ Così, da ultimo, Cass. 20/6/2013, Germani, RV 256698.

²⁴ V. Cass. 5/4/2013 n. 29889, De Florentis; Cass. 16/10/2012, S., RV 254002; Cass. 31/1/2012, Frino e altri, RV 251789.

La non menzione della condanna.

Il beneficio della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale è rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito ed è fondato sul **principio dell'emenda**, mediante cui si tende a favorire il processo di recupero morale e sociale.

I presupposti per il suo riconoscimento sono diversi da quelli della sospensione condizionale della pena perché, mentre quest'ultima ha l'obiettivo di sottrarre alla punizione il colpevole che presenti possibilità di ravvedimento e di costituire, attraverso la possibilità di revoca, un'efficace remora ad ulteriori violazioni della legge penale, il primo persegue lo scopo di favorire il ravvedimento del condannato mediante l'eliminazione della pubblicità quale particolare conseguenza negativa del reato, sicché non è contraddittorio il diniego di uno dei due benefici e la concessione dell'altro ²⁵.

La sostituzione della pena detentiva.

Secondo costante giurisprudenza ²⁶, la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'adozione di una sanzione sostitutiva è legata agli stessi criteri previsti dalla legge per la determinazione della pena, e quindi il giudizio prognostico positivo cui è subordinata la possibilità della sostituzione non può prescindere dal riferimento agli indici individuati dall'art. 133 c.p., con la conseguenza che il giudice può negare la sostituzione della pena anche soltanto perché i precedenti

²⁵ In questo senso, fra le più recenti, cfr. Cass. 4/7/2012, Maione, RV 254681; Cass. 14/6/2012, Del Gatto, RV 253484; Cass. 14/7/2011, Allegra, RV 251509.

²⁶ cfr., **da ultimo**, Cass. 3/4/2013, Di Pasquale, RV 256725. In precedenza le **Sezioni Unite** avevano statuito che *“il giudice, nell'esercitare il suo potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, con la semidetenzione o con la libertà controllata, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, **ma non quello delle sue condizioni economiche**”* (Cass. 22/4/2010, Gagliardi, RV 247274).

penali rendono il reo immeritevole del beneficio, senza dovere addurre ulteriori e più analitiche ragioni.

Con riferimento ad un istituto di frequente applicazione, è stato affermato che **la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità** di cui all'art. 186, comma 9° *bis* c.d.s. è più favorevole rispetto al beneficio della sospensione condizionale della pena, con il quale non è cumulabile²⁷.

Alcune importanti novità legislative in tema di circostanze.

La più recente novità è stata introdotta dal citato d.l. 23/12/2013 n. 146, laddove, all'art. 2, ha operato una sostanziale modifica del comma 5° dell'art. 73 del D.P.R. n. 309/90: **il fatto di lieve entità è divenuto una ipotesi autonoma di reato** (punita con la pena massima di cinque anni di reclusione)²⁸ e non configura più una circostanza attenuante ad effetto speciale, come in precedenza ritenuto dalla giurisprudenza consolidata da molto tempo²⁹.

²⁷ Cass. 7/11/2012, Cinciripini, RV 254997.

²⁸ Come si evince, oltre che dall'intento espresso del legislatore, dalla nuova formulazione della norma: **“Salvo che il fatto costituisca più grave reato**, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000”.

All'udienza dell'8/1/2014, la sesta sezione penale della Corte di cassazione (Pres. Agrò, Rel. Leo, ric. Cassanelli) ha già ritenuto che con l'art. 2 d.l. 23.12.2013 n. 146, di modifica del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup., sia stata configurata, per fatti di lieve entità riconducibili alle altre previsioni dello stesso articolo 73, un'autonoma figura di reato e che, conseguentemente, per tale reato debba applicarsi, anche retroattivamente, il termine prescrizione di sei anni, a norma dell'art. 157, comma primo, codice penale.

²⁹ Anche le Sezioni Unite (Cass. 24/6/2010, Rico, RV 247910, avevano ribadito che, pure a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-*bis*, della legge n. 49/2006, l'art. 73 comma 5° del D.P.R. n. 309/1990 **configura non un reato autonomo, bensì una circostanza**

Gli effetti per il futuro saranno evidenti ed assai rilevante, sotto molteplici profili (si pensi a quello della cautela), sarà la qualificazione giuridica del fatto (oggi sì, in senso proprio) nella ipotesi ordinaria od in quella del “piccolo spaccio”³⁰.

Ma anche per i processi pendenti, relativi a fatti risalenti nel tempo, la modifica avrà una notevole incidenza, se si ha riguardo al nuovo termine massimo di prescrizione previsto dalla disciplina vigente (salvi i periodi di sospensione, sette anni e sei mesi per l'incensurato ed il recidivo semplice anziché venticinque anni³¹), applicabile in *favor rei* in forza dell'art. 10 della legge n. 251/2005 sul diritto transitorio.

La modifica normativa potrà essere fatta valere sino alla irrevocabilità della sentenza, ai sensi dell'art. 2 comma 4° codice penale.

Anche la normativa di recente introdotta per contrastare la **violenza di genere** (d.l. 14/8/2013 n. 93, convertito nella legge 15/10/2013 n. 119) ha apportato numerose novità in tema di circostanze, fra le quali, in questa sede ci si limita a segnalare:

> l'introduzione, nella legge di conversione, dell'art. 61 n. 11-*quinquies*) c.p. (l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore

attenuante ad effetto speciale che non si sottrae al giudizio di comparazione.

³⁰ Uno dei temi più rilevanti, in proposito, è quello della compatibilità fra il riconoscimento della ipotesi prevista dal 5° comma dell'articolo 73 ed il compimento di un'attività di spaccio non occasionale, compatibilità già affermata in passato (cfr., ad es., Cass. 29/5/2008, Lataj, RV 240569 e Cass. 1/7/2010, Moutawakkil, RV 249369) e ribadita da ultimo (Cass. 5/3/2013, Guarino, RV 254597, nonché **Cass. 18/7/2013, Airano, RV 256609**, pronuncia questa ultima che si segnala per la motivazione particolarmente ampia e convincente).

³¹ Per gli altri recidivi il termine maggiore presuppone che la recidiva (non necessariamente l'aumento di pena) sia stata in concreto applicata.

di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza);

> l'introduzione, già nel decreto legge, delle nuove aggravanti previste dall'art. 609-ter c.p.: n. 5-ter (nei confronti di donna in stato di gravidanza) e n. 5-quater (nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza);

> la modifica del comma 2° dell'art. 612 bis c.p. (La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici).

Già nei primi commenti sono stati espressi molteplici dubbi sulla razionalità, sulla costituzionalità e sulla interpretazione di alcune previsioni.

La determinazione della pena in presenza di reato tentato.

In proposito va ricordato che, *“per univoca e costante affermazione della giurisprudenza e della dottrina nel delitto tentato va ravvisata una **figura autonoma di reato**, qualificato da una propria oggettività giuridica e una propria struttura, delineata dalla combinazione della norma incriminatrice specifica e della disposizione contenuta nell'art. 56 C.P., la quale ha reso perseguibili fatti altrimenti non sanzionabili perché arrestatisi al di qua della soglia della consumazione. Nel far ciò l'art. 56 C.P. ha stabilito una sanzione penale autonoma, ha individuato il bene giuridico protetto (costituito dal pericolo di lesione dell'interesse che giustifica la tutela penale) e, soprattutto, ha definito il comportamento tipico, consistente nel compimento di "atti idonei", diretti in modo non equivoco a realizzare la detta lesione. Da tale autonomia dell'illecito e della sanzione discende che, in presenza di un delitto tentato, **la determinazione della pena può effettuarsi con il cosiddetto metodo diretto o sintetico**, ossia senza operare la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di*

delitto consumato, oppure con il calcolo "bifasico", ossia scindendo i due momenti enunciati. Entrambi i sistemi, peraltro, non si sottraggono ai vincoli normativi relativi al contenimento della riduzione da uno a due terzi. Solo l'inosservanza in concreto di tali limiti comporta violazione di legge" ³².

Pertanto, non vi è l'obbligo di determinare la pena base con riguardo al reato tentato per poi operare la diminuzione (da un terzo a due terzi) prevista dall'art. 56 comma 2° codice penale ³³.

Le modalità di calcolo della pena in presenza di un reato circostanziato.

Salve le eccezioni di cui si dirà, è pacifico che **il giudizio di comparazione ex art. 69 c.p. va fatto fra tutte le circostanze (compresa la recidiva! V. *infra*), comprese quelle ad effetto speciale.**

E' del tutto evidente, poi, che il giudizio di comparazione fra circostanze non consente di riconoscere un'attenuante equivalente ad un'aggravante e prevalente su un'altra!

Va tenuto ben presente il disposto dell'**art. 63 comma 4° c.p.**, che le Sezioni Unite hanno ritenuto applicabile anche in tema di recidiva (v. *infra*). In proposito da ultimo la Corte di Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto: "*in tema di concorso di circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o di circostanze ad effetto speciale (art. 63 c.p., comma 4), è richiesto al giudice uno **specifico dovere di motivazione***

³² Così Cass. 16/5/2001, RV 220189. In senso conforme, quanto al calcolo della pena, cfr., più di recente, Cass. 30/9/2008, Chiarvesio, RV 241688.

³³ Si consideri, ad esempio, la ipotesi della rapina semplice (o della rapina aggravata con la concessione di attenuanti ritenute equivalenti): nella determinazione della pena per il caso concreto, si può considerare che quella edittale, avuto riguardo al disposto degli artt. 628 comma 1° e 56 comma 2° c.p., oscilla da un minimo di un anno di reclusione e 172 euro di multa ad un massimo di sei anni e otto mesi di reclusione e 1.377 euro di multa.

sia ove egli escluda la rilevanza della circostanza concorrente meno grave, sia ove la ritenga, ed in quest'ultimo caso sarà necessario indicare le ragioni che hanno indotto alla quantificazione dell'aumento” ³⁴.

Se le circostanze aggravanti sono ritenute equivalenti o subvalenti rispetto a quelle attenuanti, ovviamente non si fa luogo all'aumento di pena, ma restano salvi tutti gli altri effetti della circostanza, se non diversamente stabilito. Ad esempio, in tema di:

- regime di procedibilità (ad es. art. 612 comma 2° c.p. e art. 625 c.p., reati ovviamente procedibili d'ufficio ancorché sia riconosciuta un'attenuante prevalente o equivalente);
- pene accessorie (es. interdizione dai pubblici uffici ex art. 31 c.p., conseguente a condanna per certi delitti commessi con abuso di poteri o violazioni di doveri inerenti a una pubblica funzione);
- prescrizione: l'art. 157 comma 3° c.p. – diversamente dal regime previgente alla ex Cirielli – prevede espressamente l'irrilevanza del giudizio di bilanciamento sulla determinazione del termine di prescrizione del reato.

Non entrano nel giudizio di bilanciamento fra circostanze quelle espressamente sottratte per disposto normativo a detto giudizio, cosiddette blindate (sempre più frequenti sono le aggravanti, in forza dei vari “pacchetti sicurezza”): fra le più recenti e significative possono essere ricordate quelle richiamate dall'**art. 628 comma 4° c.p.**, introdotto dalla l. 15/7/2009 n. 94 ³⁵, e dall'**art. 590 bis c.p.**,

³⁴ Così Cass. 22/11/2012, Bonaccorsi, RV 254527. In ordine all'entità dell'aumento della pena (che può essere fino a un terzo), i giudici di legittimità hanno precisato che “quanto più il giudice intenda discostarsi dall'aumento minimo, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente gli elementi cui abbia ritenuto di attribuire rilievo”.

³⁵ Che fa riferimento ai nn. 3), 3-bis), 3-ter) e 3-quater): caso più frequente è il secondo

introdotto con l. 24/7/2008, n. 125 ³⁶.

La prima legge, poi, ha introdotto un singolare caso in cui il divieto di bilanciamento opera in riferimento ad una circostanza aggravante che prevede l'aumento della sola pena pecuniaria ³⁷.

In questo caso, però, nel concorso di detta circostanza aggravante sottratta al giudizio *ex art.* 69 c.p., di altre circostanze aggravanti e di attenuanti, si dovrebbe comunque operare un successivo giudizio di bilanciamento fra le altre aggravanti e le attenuanti.

Esempio: ipotesi di rapina (art. 628 c.p.), pluriaggravata perché commessa in abitazione (comma 3-*bis*), con il ricorso a minaccia congiuntamente da parte di due persone (comma 3° n. 1, ult. parte), che pongono la vittima in stato di incapacità dandole un sonnifero (comma 3° n. 2).

Ritenendo le imputate meritevoli delle generiche (sono incensurate, hanno confessato, hanno parzialmente risarcito il danno), si dovrà comunque determinare la pena base partendo da quella indicata nel 3° comma dell'art. 628, proprio in forza della previsione dell'ultimo comma. Ciò fatto (ipotizziamo che ci si orienti sul minimo: quattro anni e sei mesi di reclusione e 1.032 euro di multa), si dovrà comunque esprimere un giudizio di comparazione fra le due residue aggravanti e dette attenuanti, con conseguenze ben diverse: laddove il giudizio fosse solo di equivalenza detta pena base (prima di eventuali aumenti per la

(rapina in abitazione o luogo di privata dimora), per la sussistenza della quale, di recente (Cass. 14/12/2011, Voza, RV 251756), la Suprema Corte ha precisato che è sufficiente che la rapina sia commessa in uno dei luoghi previsti dall'art. 624 *bis* c.p., non essendo rilevante che la vittima abbia o meno prestato il consenso all'ingresso in essi.

³⁶ Per i reati di omicidio colposo e lesioni colpose (artt. 589 comma 3° e 590 comma 3° ult. periodo c.p.), commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale da soggetti in stato di ebbrezza alcolica nella sola fattispecie più grave (o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti).

³⁷ Trattasi dei reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, commessi in ora notturna (artt. 186 commi 2-*sexies* e 2-*septies* e 187 comma 1-*quarter*).

continuazione o riduzioni per il rito) rimarrebbe invariata, mentre se si esprimesse un giudizio di prevalenza delle attenuanti, la pena potrebbe scendere sino a tre anni di reclusione e 688 euro di multa ³⁸.

Va evidenziato che il giudice deve indicare **la pena base** prima di procedere alla eventuale diminuzione per il riconoscimento di circostanze od all'aumento per l'applicazione di un'aggravante, per consentire non solo il controllo sulla correttezza del calcolo, ma anche la valutazione sulla congruità della pena base inflitta e sulla diminuzione o sull'aumento operato.

La indicazione di una pena base (che tale, invero, non è) che comprenda anche l'aumento per l'applicazione di aggravanti o la riduzione per il riconoscimento di attenuanti non è corretta.

Calcolo della pena in caso di **reato tentato circostanziato**: ai fini della determinazione della pena per il delitto tentato nel caso di concorso di circostanze anche ad effetto speciale, **deve farsi riferimento alla pena base per il reato consumato e aggravato, qualora il giudizio di comparazione si sia concluso nel senso della prevalenza delle aggravanti, e alla pena base per il reato semplice, allorché il giudizio di comparazione si sia concluso con la prevalenza delle attenuanti** ³⁹.

³⁸ Se poi fossero ritenute prevalenti le aggravanti, si potrebbe procedere ad un ulteriore aumento di pena, sino ad un terzo, secondo il disposto dell'art. 63 comma 4° codice penale.

³⁹ Così Cass. 21/10/2005, Picone, RV 232412 : *“come questa Corte ha già avuto modo di affermare (cfr. Cass. sent. n. 1450/87, sent. n. 11144/89 nonché la più recente sentenza 14/4/2005 ric. Amante Giuseppe ed altri), posto che pacificamente il giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee trova applicazione anche nel caso in cui per il reato consumato aggravato sia stabilita una pena di specie diversa o una pena determinata in modo indipendente da quella prevista per la fattispecie semplice, deve necessariamente convenirsi sulla operatività di tale principio anche in caso di reato tentato; sicché, ai fini della determinazione della pena, dovrà - in conformità ai criteri di cui all'art. 56 C.P. - farsi riferimento alla pena prevista per il reato consumato aggravato soltanto se il giudizio di*

La determinazione della pena in caso di reato continuato.

In caso di reato continuato, una questione fondamentale attiene alla **individuazione del reato più grave**, sulla quale di recente, però, si era aperto un contrasto di giurisprudenza: mentre alcune pronunce, sulla scorta di una risalente sentenza delle Sezioni Unite (Cass. 26/11/1997, Varnelli, RV 209485), avevano ribadito che “*per la determinazione del reato più grave, ai fini della continuazione, è necessario far riferimento alle **valutazioni astratte** compiute dal legislatore*”⁴⁰, altre sentenze avevano affermato che “*in tema di continuazione, l'individuazione della violazione più grave ai fini di computo della pena deve essere effettuata **in concreto** e non già con riguardo alla valutazione compiuta in astratto dal legislatore*”⁴¹.

Il contrasto è stato risolto di dalle **Sezioni Unite**.

Sez. U, **Sentenza** n. 25939 del 28/02/2013 Cc. (dep. 13/06/2013) Rv. 255347

Presidente: Lupo E. Estensore: Cassano M. Relatore: Cassano M. Imputato: P.G. in proc. Ciabotti e altro. P.M. Izzo G. (Conf.)

comparazione si sia concluso nel senso della prevalenza delle circostanze aggravanti su quelle attenuanti, mentre nelle altre ipotesi la pena dovrà, di contro, essere determinata con riferimento alla pena prevista per il reato consumato semplice e sulla quale, ove ritenuta la prevalenza delle circostanze attenuanti su quelle aggravanti, vanno applicate le corrispondenti riduzioni”.

⁴⁰ Così Cass. 11/2/2010, Salviani, RV 246558; in senso conforme cfr., ad es., Cass. 26/1/2010, S., RV 246468 e Cass. 14/7/2010, Azizi Aslan, RV 248247.

⁴¹ Così Cass. 24/3/2009, Angioni, RV 243723; in senso conforme cfr. Cass. 6/2/2010, Scuderi e altro, RV 246895, nonché Cass. 6/3/2012, Cicala e altri, RV 252613.

“In tema di reato continuato, la violazione più grave va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse” ⁴².

Con la stessa decisione la Suprema Corte ha ribadito **altri importanti principi di diritto**:

“...è indubbio che, nel concorso fra tali reati [delitto e contravvenzione], debba essere ritenuta più grave la violazione costituente delitto, anche se la contravvenzione è punita edittalmente con una pena che, riguardata sotto il profilo della conversione, risulti maggiore quantitativamente rispetto a quella stabilita per il delitto”.

“In caso di concorso di reati puniti con sanzioni omogenee sia nel genere che nella specie per i quali sia riconosciuto il vincolo della continuazione, l'individuazione del concreto trattamento sanzionatorio per il reato ritenuto

⁴² Precisa in proposito la sentenza: *“in tema di determinazione della pena ai sensi dell'art. 81 cod. pen., deve aversi riguardo alla violazione considerata più grave in astratto e non in concreto (Sez. U, n. 15 del 26/11/1997, Varnelli, cit.; Sez. U, n. 748 del 12/10/1993, Cassata, cit.; Sez.U, n. 4901 del 27/03/1992, Cardarilli, cit.), sicché, allorché occorra individuare il reato più grave, deve farsi riferimento alla pena edittale, ovvero alla gravità "astratta" dei reati per i quali è intervenuta condanna, dandosi rilievo esclusivo alla pena prevista dalla legge per ciascun reato, senza che possano venire in rilievo anche gli indici di determinazione della pena di cui all'art. 133 cod. pen. che possono contribuire alla determinazione di quella da infliggere in concreto. Ciò posto, però, occorre considerare che la nozione di "violazione più grave" ha una valenza "complessa", che muovendo dalla sanzione edittale comminata in astratto per una determinata fattispecie criminosa, implica la valutazione delle sue concrete modalità di manifestazione....Di conseguenza, una volta che sia stata riconosciuta la sussistenza delle circostanze attenuanti e che sia stato effettuato il doveroso giudizio di bilanciamento delle stesse rispetto alle aggravanti, l'individuazione in astratto della pena edittale non può prescindere dal risultato finale di tale giudizio, dovendosi calcolare nel minimo l'effetto di riduzione per le attenuanti e nel massimo l'aumento per le circostanze aggravanti”*.

dal giudice più grave non può comportare l'irrogazione di una pena inferiore nel minimo a quella prevista per uno dei reati-satellite” ⁴³.

*“Anche se essa deve essere il risultato di una operazione unitaria, **occorre tuttavia che sia individuabile la pena stabilita dal giudice in aumento per ciascun reato-satellite** (Sez. U, n. 7930 del 21/04/1995, Zouine, Rv. 201549), e ciò sia per la verifica dell'osservanza del limite di cui al terzo comma dell'art. 81 cod. pen. sia perché a taluni effetti il cumulo giuridico si scioglie: basti pensare alla prescrizione che va considerata distintamente per ciascun reato (Sez. li, n. 2780 del 24/01/1996, Panigoni, cit.; Sez. U, n. 10928 del 10/10/1981, Cassinari, Rv. 151241-151242); all'indulto, in cui occorre applicare il beneficio a quei reati che in esso rientrano (Sez. U, n. 18 del 16/11/1989, dep. 15/01/1990, Fiorentini, Rv. 183004); all'estinzione di misure cautelari personali, quando la suddivisione della pena irrogata per i reati-satellite rilevi per il calcolo della durata massima della custodia cautelare o per l'accertamento dell'avvenuta espiazione di pena (Sez. U, n. 1 del 26/02/1997, Mammoliti, Rv. 207939-40); alla sostituzione delle pene detentive brevi (art. 53, ultimo comma, legge n. 689 del 1981) in cui la pena del reato continuato si scompone per determinare la porzione di pena suscettibile di sostituzione per quei reati che la ammettono”* ⁴⁴.

Il principio è spesso disatteso nella prassi.

E' fondamentale, invece, che tale specificazione il giudice compia

⁴³ Ad esempio, in caso di continuazione fra i reati di violenza privata (punito con la reclusione fino a quattro anni) e truffa semplice (punita con la pena da sei mesi a tre anni, oltre a quella pecuniaria), pur essendo più grave il primo reato, la pena base non potrà essere determinata in misura inferiore ai sei mesi (e quindi la pena complessiva non potrà essere inferiore a sei mesi ed un giorno di reclusione).

⁴⁴ Si pensi anche alla ipotesi, non infrequente, in cui l'imputato impugni la condanna per uno solo di due reati-satellite, la cui pena per il secondo, dunque, se specificamente determinata, potrebbe essere messa in esecuzione, formatosi il giudicato sul relativo capo.

soprattutto quando l'imputato sia in regime di custodia cautelare, magari per alcuni reati soltanto.

Effetti dirimpenti, ad esempio, possono esserci nel caso in cui, ad esito del giudizio, vi sia condanna per un reato più grave "non cautelato", a fronte di reati-satellite per i quali l'imputato è cautelato: in proposito, infatti, le Sezioni Unite hanno statuito che *"in caso di condanna non definitiva per reato continuato, per valutare, a norma dell'art. 300 comma 4 c.p.p., l'entità della pena ai fini di un'eventuale dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare applicata soltanto per il reato meno grave, occorre avere riguardo alla pena concretamente inflitta come aumento ex art. 81 cpv. c.p."*⁴⁵.

*"In presenza di più reati uniti tra loro con il vincolo della continuazione, se il giudice non ha espressamente indicato le imputazioni in relazione alle quali sono state riconosciute le circostanze **attenuanti generiche**, queste ultime debbono intendersi riferite, sulla base di una valutazione globale del complesso dei fatti funzionale ad accertare aspetti fondamentali ai fini del complessivo trattamento sanzionatorio (quali la capacità a delinquere, l'intensità del dolo, la condotta del reo antecedente, contemporanea e susseguente al singolo fatto, etc.) e in assenza di specifici elementi di segno contrario, a tutti i reati in contestazione per il principio del favor rei e tenuto conto della natura stessa di tali circostanze, basate su considerazioni attinenti alla personalità dell'imputato"*⁴⁶.

⁴⁵ Cass. SS.UU. 26/3/2009, Vitale, RV 243588.

⁴⁶ Nel contempo va ricordato che **il giudizio non va fatto per le circostanze dei reati-satellite**: anche di recente (Cass. 30/6/2011, Toldan, RV 251403) la Suprema Corte ha ribadito che *"in tema di reato continuato, il giudizio di bilanciamento delle circostanze va distinto dall'aumento di pena ex art. 81 c.p., dovendo la prima operazione riguardare il reato più grave e considerarsi le eventuali circostanze che abbiano relazione con i reati satelliti al solo scopo di adeguare l'aumento globale per l'unicità del disegno criminoso....intendendosi riferita l'eventuale concessione delle circostanze attenuanti generiche, in mancanza di specifica indicazione di segno contrario, per il principio del favor rei e per la natura stessa di tali circostanze, a tutti i reati in contestazione (tra le altre, da ultimo,*

E' altresì opportuno ricordare – trattandosi di principio pressoché costantemente disatteso nella prassi – che, nell'applicazione delle pene **accessorie**, in caso di reato continuato, **si deve fare riferimento all'entità della pena principale inflitta per il reato più grave e non già a quella individuata dopo l'aumento per la continuazione** ⁴⁷.

Sulla recidiva.

L'istituto, in larga parte rivisto con la legge 5/12/2005 n. 251, in vigore da oltre otto anni, resta indigesto ad una larga platea di giudici (ed anche di pubblici ministeri), che continuano a disapplicare importanti principi sanciti in numerose pronunce della Suprema Corte, anche a Sezioni Unite ⁴⁸, divenute da tempo diritto vivente.

In questa sede mi limiterò a richiamare i più frequenti errori che sul punto si leggono nelle sentenze impugnate, anche molto recenti:

- > recidiva non contestata (o genericamente contestata, senza specifico riferimento alla ipotesi configurabile) dal Pubblico Ministero;
- > recidiva applicata dal giudice in assenza di contestazione nel capo d'imputazione (quindi d'ufficio) o con applicazione di una recidiva diversa e più grave di quella contestata ⁴⁹;

Sez. 6[^], n. 12414 del 08/03/2011, dep. 28/03/2011, P.G. in proc. V.C., Rv. 249646”.

Nel momento in cui si andrà ad operare l'aumento *ex art. 81 cpv. c.p.* per il reato-satellite, si dovrà considerare che comunque si sono concesse le attenuanti, fatto che incide sulla gravità in concreto del reato-satellite e quindi sulla quantificazione della pena.

⁴⁷ Giurisprudenza costante: v., ad es., Cass. 27/3/2008, Pizza e altri, RV 240067; Cass. 26/6/2007, Servillo, RV 237118; Cass. 13/02/2006, Prestipino, RV 234496.

⁴⁸ Soprattutto con la **nota “sentenza Indelicato” del 24/2/2011, RV 249664**, che costituisce una sorta di vademecum in tema di recidiva.

⁴⁹ Con la conseguente violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza (cfr. Cass. 20/1/2010, Oudhini, RV 246195 e Cass. 7/7/2009, Dimitri, RV 244732). Anche di recente (Cass. 20/11/2012, Alexa Catalin e altro, RV 254692) la Suprema Corte ha

- > recidiva (anche se obbligatoria!) ignorata dal giudice, come se la contestazione non esistesse;
- > recidiva applicata in concreto “sulla base delle risultanze del certificato penale” ovvero non applicata senza alcuna motivazione ⁵⁰;
- > recidiva non inserita nel giudizio di comparazione, come se non si trattasse di una circostanza aggravante;
- > aumenti di pena per la recidiva nel *quantum* come non esistessero le prescrizioni dell’art. 99 codice penale.

Tuttora viene sovente disapplicato un principio che, già affermato dalla giurisprudenza prevalente, è divenuto diritto vivente da quasi tre anni

affermato che la contestazione della recidiva "ex art. 99 c.p.", senza ulteriori specificazioni, esclude che il giudice possa ritenere la sussistenza di una tipologia di recidiva diversa e più grave di quella semplice.

⁵⁰ La pronuncia delle Sezioni Unite “Calibé e altro”, RV 247839, peraltro conforme sul punto alla giurisprudenza ormai granitica, risale al 27/5/2010! In essa si legge che è “*compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell’art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l’ipotesi “obbligatoria” del quinto comma), quello di **verificare in concreto se la reiterazione dell’illecito sia effettivo** sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della **natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell’eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell’esistenza di precedenti penali***”.

In tema di recidiva facoltativa, incombe sul giudice uno **specifico dovere di motivazione**, sia ove egli ritenga sia ove egli escluda la rilevanza della stessa (v. Cass. 27/2/2013, Nicotra, RV 256183). Anche nel caso di una sentenza di “patteggiamento”, la Suprema Corte ha da ultimo statuito che nella ipotesi in cui il giudice “*ritenga di escludere che la contestata recidiva sia, di per sé, sintomo di una maggiore capacità delinquenziale, deve adeguatamente motivare al fine di escludere il previsto aggravamento di pena*” (Cass. 19/8/2013, De Silvio, RV 256713).

dopo la statuizione delle **Sezioni Unite** con la “**sentenza Indelicato**”, laddove si è affermato che “*la recidiva, che può determinare un aumento di pena superiore ad un terzo, è una circostanza ad effetto speciale e, pertanto, soggiace, ove ricorrano ad altre circostanze ad effetto speciale, alla regola dell’applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento*”, ai sensi dell’**art. 63 comma 4° codice penale**.

Costantemente, ci si trova di fronte a sentenze, anche molto recenti, che applicano **pene illegali** ⁵¹.

⁵¹ I **casi “classici”**, purtroppo frequenti, sono quelli della condanna del **recidivo reiterato** “aggravato” (art. 99 comma 4° sec. parte c.p.), in assenza di attenuanti, alle pene detentive (prima della eventuale diminuzione per il rito), **ritenute erroneamente le minime**, di cinque anni di reclusione per **furto pluriaggravato** (i tre anni del 625 ultimo comma c.p. + l’aumento di 2/3) e di sette anni e sei mesi di reclusione per **rapina aggravata** (i 4 anni e 6 mesi del 628 comma 3° c.p. + l’aumento di 2/3).

In detti casi, invece, **volendo attestarsi sul minimo** edittale del reato aggravato e ritenendo in concreto applicabile la recidiva reiterata per il furto (per la rapina è obbligatoria, ai sensi dell’art. 99 comma 5° c.p.), si potrà irrogare la pena (detentiva) da tre anni di reclusione (senza neanche un giorno di aumento – l’art. 63 comma 4° c.p. recita che “*il giudice può aumentarla*” –, ma resterebbero comunque operanti tutti gli altri effetti dell’applicazione della recidiva, ad esempio per la fase esecutiva) a quattro anni di reclusione (aumento massimo di 1/3, ai sensi della stessa norma).

Per la rapina aggravata, la pena oscillerebbe da cinque anni di reclusione (quella inflitta dal giudice di merito nel processo “Indelicato”. Le Sezioni Unite spiegano chiaramente perché il minimo non è quello di quattro anni e sei mesi) a sei anni e otto mesi di reclusione (aumento massimo di un terzo): “*in caso di concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale (art. 63, comma quarto, cod. pen.), l’individuazione della circostanza più grave sulla base del massimo della pena astrattamente prevista non può comportare, in presenza di un’altra aggravante il cui limite minimo sia più elevato, l’irrogazione di una pena ad esso inferiore*”.

Nella stessa le Sezioni Unite hanno affermato che **il quinto comma dell’art. 99 c.p.** disciplina un caso di recidiva obbligatoria nell’*an* e vincolata nel *quantum*, operante per alcuni reati ritenuti di particolare allarme sociale: detta norma “**affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria**, sottoposte di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa”: **quella prevista dal 5° comma, dunque, non è una figura autonoma di recidiva**. Inoltre, con la stessa decisione, la Suprema Corte,

Altri due principi, pur non enunciati dalle Sezioni Unite, possono dirsi acquisiti in quanto costantemente espressi dai giudici di legittimità: in primo luogo l'applicazione della recidiva reiterata non è preclusa dalla mancata dichiarazione di tale stato nelle precedenti sentenze di condanna, potendo dunque essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice ⁵².

Per altro verso, *“il limite di aumento minimo per la continuazione, pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave (art. 81 c.p., comma 4 novellato dalla L. n. 251 del 2005, art. 5) trova applicazione nei soli casi in cui l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una sentenza definitiva emessa antecedentemente alla data di commissione dei reati per i quali si procede”* ⁵³.

Va ricordato che detto aumento trova sempre un limite nel disposto dell'art. 81 comma 3° c.p., che vale per tutte le ipotesi di applicazione della disciplina della continuazione o del concorso formale, secondo il quale l'imputato non potrà subire un trattamento sanzionatorio peggiore rispetto alla ipotesi in cui venisse applicato il regime del cumulo materiale.

richiamando l'univoco orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, fondato sull'interpretazione letterale e logico-sistematica della disposizione in esame, ha ribadito che essa si applica ogni qualvolta un soggetto recidivo commetta un nuovo delitto incluso nel catalogo di cui al citato art. 407 c.p.p., a nulla rilevando se il delitto per cui vi è stata precedente condanna vi sia anch'esso incluso.

⁵² Cfr., ad es., Cass. 7/5/2010, Arullani, RV 247089; Cass. 25/9/2008, Moccia, RV 241598; Cass. 6/5/2003, Andreucci, RV 225233; **da ultimo** v. Cass. 12/1/2012, Doku, RV 251809 nonché Cass. 5/7/2012, n. 30445, Amri.

⁵³ Così Cass. 1/7/2010, Samuele, RV 248095; in senso conforme cfr. Cass. 28/9/2011, Guerreschi, RV 251883; Cass. 22/4/2010, Caniello, RV 247048; Cass. 2/7/2009, Delfino, RV 244843. **Da ultimo** v. Cass. 26/3/2013, De Luca, RV 256011.

Molto significativa è la seguente recente pronuncia ⁵⁴:

Sez. 5, **Sentenza n. 48655 del 15/11/2012 Rv. 254560**

*Presidente: **Grassi A.** Estensore: **Demarchi Albengo PG.** Imputato: **Amato P.M. Stabile C.** (Diff.)*

*In ipotesi di **recidiva semplice, sebbene qualificata ai sensi del comma quinto dell'art. 99 cod. pen., non opera il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti previsto dal comma quarto dell'art. 69 cod. pen., in quanto la prima disposizione non individua una nuova forma di recidiva ma una particolare qualificazione delle ipotesi di cui ai quattro precedenti commi ed ha l'unica funzione di superare la facoltatività che le connota rendendone obbligatoria l'applicazione con riferimento al quantum.***

La nota sentenza n. 251/2012 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 69, quarto comma, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5° D.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4° c.p. sarà esaminata in altro intervento. Faccio solo due segnalazioni.

Alcuni mesi fa la Corte di Cassazione ha rimesso analoga questione di costituzionalità in ordine al divieto di prevalenza dell'art. 609 bis comma 3° c.p. (ipotesi di minore gravità nella violenza sessuale) sulla recidiva reiterata ⁵⁵.

Segnalo infine che, all'udienza del 20/11/2013 (imputato Gatto), la Prima Sezione penale della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito: **“se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice**

⁵⁴ La sentenza è molto ampia, assai ben argomentata e convincente. Personalmente, nel corso di vari incontri, ho sostenuto il principio qui affermato, nonostante che nella sentenza “Indelicato”, con un *obiter*, invero senza motivazione, venga sostenuto il contrario.

⁵⁵ v. Cass. 25/9/2008, Pellegrino, RV 241780.

(nella specie dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., in parte de qua, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012) comporti la rideterminazione della pena in executivis, vincendo la preclusione del giudicato”.

La questione riveste una notevolissima rilevanza pratica, a fronte dell'elevato numero di condannati che potrebbero chiedere la rideterminazione *in executivis* della pena da scontare; essa, evidentemente, concerne i **limiti del giudicato penale** e di recente è stata affrontata dai giudici di legittimità in ordine alla sorte delle sentenze di condanna passate in giudicato che avevano applicato l'aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-*bis* c.p.) dichiarata incostituzionale dal giudice delle leggi con la sentenza n. 249 del 2010.

Il problema da risolvere era quello relativo all'individuazione degli strumenti normativi attraverso i quali è possibile neutralizzare l'applicazione della frazione sanzionatoria irrogata sulla base della circostanza aggravante dichiarata illegittima e quindi attuare una “revoca parziale” della condanna.

In due pronunce, entrambe della Prima Sezione, la Suprema Corte ha ritenuto applicabile – diversamente dal giudice di merito – non la previsione dell'art. 673 c.p.p., che disciplina la revoca della sentenza di condanna con riferimento alle fattispecie che prevedono un autonomo titolo di reato, bensì il **dettato normativo dell'art. 30 della legge n. 83 del 1957**, che ai commi 3 e 4 rispettivamente dispone che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” e che “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”. In questo caso, infatti, il riferimento alla norma dichiarata incostituzionale è stato interpretato in relazione a qualsiasi tipologia di norma penale (sostanziale), comprese quindi le circostanze aggravanti.

I giudici di legittimità, dunque, hanno affermato il principio secondo cui “*gli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953, ostano alla esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della*

cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima” ⁵⁶.

Tuttavia, con altra sentenza della stessa sezione, depositata successivamente ⁵⁷, per un verso si è ricordato che l'art. 673 c.p.p. *“concerne pacificamente il caso della abolitio criminis, cioè della radicale obliterazione del carattere della illiceità penale della condotta, già tipizzata, per effetto della eliminazione di ogni pena relativa”* e quindi non è applicabile nel *“caso della sopravvenuta dichiarazione della illegittimità costituzionale della previsione di una circostanza aggravante”*, ma per altro verso si è ritenuto che l'art. 30 della legge n. 83 del 1957, *“per effetto della entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., deve ritenersi implicitamente abrogata la succitata disposizione (della cessazione della esecuzione della condanna irrevocabile e di tutti gli effetti penali in dipendenza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice), essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica la quale opera in radice la revoca della sentenza di condanna (e, quindi, indefettibilmente anche la cessazione della relativa esecuzione e di tutti gli effetti penali)”*.

Verosimilmente a fronte di pronunce contrastanti su un tema così rilevante, la questione è stata rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

⁵⁶ Così Cass. 27/10/2011, Hauohu, RV 252062; in senso conforme, successivamente, v. Cass. 24/2/2012, Teteh Assic, RV 253338.

⁵⁷ Cass. 19/1/2012 (dep. 11/7/2012), Hamrouni, RV 253383.